

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Novo perfil da **Regulação Estatal**

Administração Pública de Resultados
e Análise de Impacto Regulatório

Prefácio

José Vicente Santos de Mendonça



RIO DE JANEIRO

- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2015 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (21) 3543-0770 – Fax: (21) 3543-0896

forense@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998). Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Danilo Oliveira

- Fechamento desta edição: 08.09.2015

- CIP – Brasil. Catalogação na fonte.

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

O51n

Oliveira, Rafael Carvalho Rezende

Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-309-6661-4

1. Direito administrativo – Brasil 2. Agências reguladoras de atividades privadas – Brasil. 3. Responsabilidade das agências reguladoras – Brasil. I. Título.

SUMÁRIO

Capítulo 1- Introdução	19
Capítulo 2 – Novo Perfil do Direito Administrativo a Partir das Viradas Pragmática e Institucional.....	25
2.1. Transformações do Direito administrativo e a Administração Pública de Resultados.....	25
2.2. Análise Econômica do Direito (AED) e o princípio da eficiência	35
2.2.1. Análise Econômica do Direito (AED): origem e características ..	35
2.2.2. Administração de resultados e o princípio da eficiência.....	37
2.2.3. Concorrência imperfeita, falhas de mercado e direitos fundamentais: o papel do Estado regulador	40
2.3. Pluralismo jurídico e a visão sistêmica do Direito	44
2.4. Direito administrativo e democracia deliberativa.....	54
2.4.1. Legitimidade, pluralismo e Estado Democrático de Direito: do transcendentalismo ao procedimentalismo	54
2.4.2. Democracia deliberativa: perspectivas para a reconstrução do Direito administrativo contemporâneo	65
2.4.3. Democracia deliberativa substantiva	68
2.4.4. Democracia deliberativa procedimental	70
2.4.5. Direito administrativo e democracia deliberativa: processualização da função administrativa e legitimidade renovada	74
2.5. A releitura do Direito administrativo a partir das viradas pragmática e institucional.....	80
2.5.1. A virada pragmática: pragmatismo jurídico	80
2.5.1.1. Pragmatismo: origem e características	80
2.5.1.2. Interpretação jurídica e pragmatismo: uma conciliação necessária	86

2.5.1.3. A releitura do Direito administrativo a partir do pragmatismo jurídico.....	93
2.5.1.3.1. A releitura do princípio da legalidade administrativa e o poder normativo autônomo na Administração Pública	93
2.5.1.3.2. A releitura do princípio da supremacia do interesse público e a processualização da ação estatal	98
2.5.1.3.3. A concepção atual do princípio da indisponibilidade do interesse público: a arbitragem e os acordos decisórios.....	104
2.5.1.3.4. Controle dos atos administrativos e a <i>prospective overruling</i>	109
2.5.2. A virada institucional: capacidades e diálogos institucionais	114
2.5.2.1. Interpretação e capacidades institucionais.....	114
2.5.2.2. Ativismo x deferência judicial: a teoria do diálogo institucional	116
2.5.2.3. O diálogo institucional no Brasil.....	133
Capítulo 3 –Direito Regulatório e as Agências Reguladoras Brasileiras....	137
3.1. Regulação: noção	137
3.2. Formas de regulação: regulação estatal, regulação pública não estatal e autorregulação.....	138
3.3. Evolução da regulação e o papel do Estado regulador.....	139
3.4. Origem e evolução das agências reguladoras	140
3.5. Fontes normativas e fundamentos das agências reguladoras brasileiras....	145
3.6. Modalidades de agências reguladoras.....	148
3.7. Regime jurídico especial	150
3.7.1. Poder normativo e deslegalização.....	150
3.7.1.1. Lei e superveniência de ato regulatório: revogação diferida.....	152
3.7.1.2. Regulação (atos regulatórios) x regulamentação (atos regulamentares)	155
3.7.2. Autonomia administrativa.....	156
3.7.2.1. Estabilidade reforçada dos dirigentes	156
3.7.2.2. Impossibilidade de recurso hierárquico impróprio	157
3.7.3. Autonomia financeira e as taxas regulatórias.....	159

3.8. Regulação e promoção da concorrência.....	160
3.8.1. Liberdade de entrada.....	164
3.8.2. Liberdade relativa de preços.....	165
3.8.3. Fragmentação do serviço público.....	165
3.8.4. Compartilhamento compulsório das redes e infraestruturas (<i>essential facilities doctrine</i>).....	168
3.8.5. Controle da concorrência nos setores regulados: Cade X Agên- cias Reguladoras.....	174

Capítulo 4 – Governança Regulatória e os Novos Rumos do Direito Regu- latório	179
4.1. Governança e intervenção regulatória: quantidade ou qualidade?	179
4.2. Desenho institucional das agências reguladoras brasileiras: autonomia e o risco da “captura”	184
4.3. Avaliação por índices de qualidade regulatória.....	192
4.4. Regulação por incentivos ou por “empurrões” (<i>nudge</i>).....	197
4.5. Acordos decisórios ou substitutivos na regulação	200
4.6. Legitimidade da decisão regulatória: participação e planejamento.....	205
4.7. Regulação e diálogo institucional.....	209
4.7.1. Agências reguladoras e o Poder Executivo	210
4.7.1.1. Instituição das agências reguladoras, regime jurídico e controle do Executivo	211
4.7.1.2. Nomeação dos dirigentes, estabilidade, duração dos mandatos e interferências	211
4.7.1.3. Contratos de gestão	216
4.7.1.4. Recurso hierárquico impróprio	218
4.7.1.5. Diálogo inter-regulatório e o papel do Executivo	220
4.7.2. Agências reguladoras e o Poder Legislativo	223
4.7.2.1. Instituição das agências reguladoras, regime jurídico e controle do Legislativo.....	223
4.7.2.2. Nomeação dos dirigentes e prestação de contas.....	224
4.7.2.3. Autonomia financeira <i>versus</i> dependência orçamen- tária.....	224
4.7.2.4. Diálogo com os Tribunais de Contas.....	225
4.7.3. Agências reguladoras e o Poder Judiciário.....	228
4.7.3.1. Controle judicial dos atos regulatórios, pragmatismo e capacidades institucionais: novas tendências	228

4.7.3.2. Diálogo entre as agências reguladoras e o Poder Judiciário no Brasil	242
4.8. Agências reguladoras e o diálogo social	251
4.9. Regulação e qualidade institucional: Análise de Impacto Regulatório (AIR).....	257
Capítulo 5 – Análise de Impacto Regulatório (AIR): Proposta de Institucionalização	259
5.1. Conceito.....	259
5.2. Críticas e fundamentos jusfilosóficos	261
5.2.1. Princípio da eficiência, pragmatismo e Análise Econômica do Direito (AED).....	264
5.2.2. Pluralismo jurídico e a visão sistêmica do Direito	266
5.2.3. Legitimidade democrática	268
5.3. Metodologias e classificações	270
5.3.1. Quanto ao conteúdo da metodologia.....	271
5.3.1.1. Análise do Custo-Benefício (ACB)	271
5.3.1.2. Análise do Custo-Efetividade (ACE)	275
5.3.2. Quanto à abrangência da AIR.....	275
5.3.2.1. Análises Gerais (AGs)	276
5.3.2.2. Análises Parciais (APs)	276
5.3.3. Quanto à obrigatoriedade da AIR	276
5.3.3.1. AIR obrigatória	276
5.3.3.2. AIR facultativa	276
5.4. AIR no Direito comparado.....	277
5.4.1. EUA.....	277
5.4.2. Reino Unido	282
5.4.3. União Europeia	283
5.5. AIR no Brasil.....	285
5.5.1. Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG)	285
5.5.2. Agências reguladoras e a AIR: análise comparativa.....	287
5.5.2.1. Anvisa.....	287
5.5.2.2. Anac.....	290
5.5.2.3. Ancine.....	291
5.5.2.4. Aneel	293
5.5.2.5. Anatel	294

5.5.2.6. ANP	294
5.5.2.7. ANTT	295
5.5.2.8. Antaq.....	295
5.5.2.9. ANA.....	296
5.5.2.10. ANS.....	296
5.5.3. Perspectivas	297
Conclusões.....	301
Referências Bibliográficas	311